



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

“UMA HISTÓRIA DE DORMIR”^α

Jeremy Paul*

Este ensaio tem duas partes. A Parte I contém uma breve explicação das ideias sobre o ensino da argumentação jurídica que me levaram a escrever uma história introdutória para os meus estudantes de primeiro ano. A Parte II é a referida história.

I. ALÉM DE THE BRAMBLE BUSH: SOBRE CABBAGES AND KINGS^β

Os professores de Direito costumam dizer aos seus alunos do primeiro ano que eles deveriam se concentrar menos em aprender as regras de uma matéria em particular,

^α Tradução de Marcus Seixas Souza e Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel. A versão original deste artigo consultada para a tradução foi a publicada em *Virginia Law Review*, Vol. 74, N. 5, p. 915-934 (agosto de 1988). Foi preservado o estilo de referência a trabalhos acadêmicos utilizado nos Estados Unidos da América e empregado pelo autor. Os tradutores assumem a responsabilidade por quaisquer erros de tradução. Todos os itálicos utilizados também o foram na versão original. As notas dos tradutores estão marcadas com letras gregas. Este artigo está sendo publicado após um convite do Conselho desta Revista e, por isso, não passou pelo duplo exame cego.

* Professor Associado da University of Miami School of Law; A.B, Princeton University, 1978; J.D., Harvard University, 1981. Eu sou grato: a Madelyn Fudeman e Jennifer Jaff, pela ajuda e pelo encorajamento; a Mary Coombs, Michael Fischl, Laurel Leff, Lili Levi, Bernard Oxman, Deborah Platt e William Twining, pelas suas úteis sugestões; e, especialmente, a Steven Winter, pelo seu atencioso e provocativo desafio à minha abordagem. Cf. S. Winter, *It's All in the Telling: Law as a Language for Social Thought* (Janeiro de 1988, manuscrito não publicado).

^β *Cabbage and Kings* (1904) – em português, *Repolhos e Reis* (2019) – é um romance composto por contos interligados escritos por O. Henry e ambientados em um país fictício da América Central, chamado República da Anchúria. O título da obra é inspirado no poema *A Morsa e o Carpinteiro*, apresentado em *Through the Looking Glass* (1871), de Lewis Carroll. Sua trama fala de elementos famosos do poema: “de ceras, sapatos e navios, e de repolhos e reis” (cf. 2019 p. 3). Sobre *The Bramble Bush* (O Arbusto de Frutas Vermelhas) – obra sem tradução para o português – cf., a seguir, ao longo do texto, explicação oferecida pelo autor.

como Direitos Reais ou Contratos, e mais em concretizar o vago objetivo de “pensar como um jurista”.¹ Os calouros, cujas impressões sobre a faculdade de Direito podem ter sido formadas pela cultura popular, costumam acreditar em seus professores.² Apesar deste consenso aparente sobre os objetivos do primeiro ano do curso de Direito, uma porcentagem surpreendentemente pequena do conteúdo efetivamente apresentado aos estudantes de primeiro ano foca explicitamente em definir e ensinar as técnicas típicas do raciocínio jurídico. A maioria dos casebooks de Direitos Reais, por exemplo, praticamente não dedica atenção alguma à identificação de técnicas que ajudariam o estudante a pensar como um jurista para dominar seu conteúdo.³ Da mesma forma, muitos estudantes se queixam, com razão, que são obrigados a desenvolver habilidades que nunca lhes são completamente explicadas.⁴

As faculdades de Direito, os professores de Direito e os teóricos do Direito reagiram de diversas maneiras a estas legítimas preocupações dos estudantes e aos problemas intelectuais que elas refletem. Algumas faculdades têm incluído disciplinas específicas sobre diferentes aspectos do raciocínio jurídico como parte do currículo obrigatório do primeiro ano.⁵ Em tais disciplinas, os professores podem se dar ao luxo de ensinar a metodologia de interpretação e aplicação do direito em profundidade,

1 Ocasionalmente, essa máxima informal é codificada em uma política educacional explícita: “O primeiro ano de estudo apresenta ao estudante os conceitos básicos do direito e ensina o estudante a ‘pensar como um jurista.’” Albany Law School of Union University 1987-88 Bulletin 33. Para uma breve discussão sobre “pensar como um jurista” como um conceito educacional, cf. infra notas 21-28.

2 A atuação de John Houseman como Professor Kingsfield em *The Paper Chase* vem rapidamente à mente. Ele afirma a seus fictícios alunos de Direito dos Contratos que eles começam seus estudos com suas cabeças “cheias de mingau” e devem concluí-los “pensando como juristas”. *The Paper Chase* (Twentieth Century Fox, 1973).

3 Cf., e.g., J. Cribbet & C. Johnson, *Cases and Materials on Property* (5th ed. 1984); C. Donahue, T. Kauper & P. Martin, *Property – An Introduction to the Concept and the Institution* (2d ed. 1983); J. Dukeminier & J. Krier, *Property* (1981); P. Goldstein, *Real Property* (1984); C. Haar & L. Liebman, *Property and Law* (2d ed. 1985).

4 Para uma recente explicação do descontentamento estudantil a respeito desse assunto, cf. Jaff, *Frame-Shifting: an Empowering Methodology For Teaching and Learning Legal Reasoning*, 36 *J. Legal Educ.* 249, 258-61 (1986).

5 A Faculdade de Direito da Universidade de Columbia inicia o seu curso com uma exposição intensiva de nove dias ao método jurídico e em seguida continua esse curso ao longo do primeiro semestre. Cf. *Columbia University Bulletin, School of Law* 1986-88, p. 49-50. Boston College exige um curso sobre o processo de criação e aplicação do direito em que os estudantes devem “compreender a complexa interação entre o direito oriundo do processo legislativo, o de origem administrativa e o originado nos tribunais”. Cf. *Boston College Law School Bulletin* 1987-88, p. 9. Tanto a Universidade de Chicago quanto a Universidade de Miami incluem um curso sobre Elementos do Direito como parte do currículo do primeiro semestre. Cf. *Announcements, University of Chicago Law School* 15 (Sept. 18, 1987); *University of Miami School of Law Bulletin*, 1987-88, p. 12. Para um resumo abrangente dessa abordagem, que enfatiza a inseparabilidade entre capacidade técnica, Teoria do Direito e prática jurídica, cf. S. Mentschikoff & I. Stotzky, *The Theory and Craft of American Law – Elements* (1981); S. Mentschikoff & I. Stotzky, *Teachers’ Manual to Accompany The Theory and Craft of American Law – Elements* (1983).

Várias outras faculdades de Direito enfrentam o problema de ensinar técnicas analíticas incluindo um componente curricular sobre argumentação jurídica em um curso de redação jurídica durante um semestre do primeiro ano do curso de Direito ou durante todo esse ano. A Universidade da Califórnia em Los Angeles, por exemplo, espera que o curso de cinco créditos sobre pesquisa e redação jurídica ensine aos estudantes “como encontrar o Direito, como o analisar e como expressar as conclusões deles por escrito”. 26 *U.C.L.A. School of Law Bulletin* 20 (Aug. 1986); cf. também *University of Virginia School of Law Record* 1986-87, p. 70 (programa

sem a limitação (talvez artificial) de ter que abarcar uma quantidade fixa de conteúdos. Nessas disciplinas, contudo, os estudantes enfrentam o desanimador desafio de tentar aplicar sozinhos as técnicas das disciplinas “metodológicas” aos conteúdos normativos do currículo principal. Esta dificuldade se torna maior quando uma forma de raciocínio que parece ser crucial para o professor da disciplina “metodológica” recebe pouca atenção nas demais disciplinas cursadas pelos estudantes. O sucesso das disciplinas “metodológicas”, portanto, parece depender, em parte, da medida em que haja uma adequada coordenação entre o seu conteúdo e os conteúdos normativos abordados pelos professores das demais disciplinas do currículo acadêmico do primeiro ano do curso de Direito.

As faculdades de Direito que, talvez por conta dos ônus de coordenação curricular, tenham colocado em segundo plano⁶ ou abandonado⁷ as disciplinas “metodológicas” podem introduzir os estudantes ao raciocínio tipicamente jurídico mediante a adoção ou sugestão de alguns dos vários trabalhos acadêmicos relevantes sobre o tema. *An Introduction to Legal Reasoning*,⁸ do professor Edward Levi, e o clássico *The Bramble Bush*,⁹ de Karl Llewellyn, talvez os mais célebres textos introdutórios, recompensam os estudantes que se esforçam para compreendê-las. A obra mais recente *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, do professor Steven Burton, abarca com louvor parte do mesmo conteúdo de forma acessível e bem-organizada¹⁰

de dois semestres sobre pesquisa e redação jurídica). Para uma descrição sobre como a argumentação jurídica pode ser ensinada no contexto de um curso de redação jurídica, cf. Jaff, supra nota 4, p. 249-57.

Outra alternativa é permitir aos estudantes do primeiro ano escolher cursos em argumentação jurídica ou Teoria do Direito durante o segundo semestre. As Universidades de Boston e Stanford adotaram essa abordagem. Cf. 76 Boston University School of Law Bulletin 51 (Sept. 15, 1987); Stanford University School of Law Bulletin 1987-89, p. 24.

- 6 A Universidade Duke, por exemplo, no seu currículo de primeiro ano, prefere focar nos tradicionais cursos básicos, incluindo Direito Constitucional, e relega redação jurídica e advocacia ao status de “cursos menores”. Cf. 58 Bulletin of Duke University School of Law 54 (Sept. 1987).
- 7 O currículo de primeiro ano da Universidade de Harvard incluía um curso sobre o processo de criação e aplicação das normas jurídicas, com foco nos ricos materiais de Hart e Sacks, mas o curso não é mais oferecido. Harvard Law School Catalog 1985-86, p. 60-61.
- 8 E. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949). A força de Levi é seu uso de detalhado desenvolvimento doutrinário para ilustrar a ambiguidade da linguagem, a importância dos conceitos jurídicos, a técnica de raciocinar com base em exemplos e a arte da interpretação. Para uma aplicação do trabalho de Levi a contextos que transcendem o dos materiais introdutórios, cf. Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, 36 J. Legal Educ. 518 (1986).
- 9 K. Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* (1960). O trabalho do professor Llewellyn, ambiciosamente, oferece uma ampla introdução sobre a vida no mundo do direito. Dessa forma, *The Bramble Bush* abarca muitos assuntos não tradicionalmente associados à argumentação jurídica *per se*. Leitores encontrarão, por exemplo, uma discussão sobre o relacionamento entre o direito e a civilização, id. p. 107-18, comentários sobre a busca por completude na vida de um advogado, id. p. 141-51, uma análise do currículo das faculdades de Direito, id. p. 92-106, e até mesmo dicas sobre como fazer anotações, id. p. 57. O livro de Llewellyn é bem sucedido, contudo, ao amarrar esses diversos tópicos em uma abordagem consistente sobre o Direito. Sua brilhante e insistente discussão a respeito da ambiguidade dos precedentes torna esse livro um inestimável expediente de ensino sobre os elementos do pensamento jurídico. Cf. id. p. 64-69, 70-75, 156-57.
- 10 S. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning* (1985). O professor Burton faz um excelente trabalho ao ilustrar os usos e limites do raciocínio analógico e dedutivo, e é cuidadoso para não exagerar a distinção entre

Esses instrutivos mapas do terreno educacional dos cursos de Direito, contudo, combinam as virtudes da extensão e da ambição intelectual. Uma introdução extensa ao raciocínio típico do direito oferece a possibilidade de familiarizar os estudantes com a complexidade do objeto, bem como busca, como o professor Llewellyn coloca, “o simples por meio do profundo”, e não “o simples por meio do superficial”.¹¹ Encorajar os estudantes do primeiro ano a despender um grande esforço para absorver um tratado sobre como raciocinar juridicamente, contudo, pode ser uma tarefa difícil. Tais livros vão aparentar ser abstratos, independentemente de quantos exemplos cotidianos eles apresentarem.¹² A resistência dos estudantes aumentará, a

seguir precedentes e interpretar leis. Cf. id p. 25-82. Mais importante, seu compromisso com a indeterminação da linguagem lhe configura como um crítico incisivo e vigilante da visão segundo a qual simples deduções ou analogias efetivamente resolvem casos. Cf. id p. 31-39, 50-56, 181-84. Infelizmente, contudo, o professor Burton escolheu combinar seus objetivos introdutórios com a meta consideravelmente mais difícil de “justificar a prática da atividade jurisdicional à luz da explicação oferecida (no início do livro) e dos valores incorporados no ideal de Estado de Direito”. Id p. 6. Para uma crítica que revela sua tentativa de sedimentar a legitimidade do pensamento jurídico com base nas visões interpretativas de uma comunidade jurídica comprometida com a ordem e com a justiça, cf. Abrams, *The Deluge: A Trial and Judgment in One Act* (Book Review), 65 *Tex. L. Rev.* 661 (1987); Cf. também Ross, *Introducing Law*, 87 *Colum. L. Rev.* 859 (1987) (criticando o livro do professor Burton por ignorar os aspectos politizados, irracionais e incognoscíveis do direito e, conseqüentemente, apresentar uma imagem falsa e idealizada do direito).

11 K. Llewellyn, *supra* nota 9, p. 8.

12 O livro do professor Levi começa com a (um tanto assustadora, mas fascinante) descrição do desenvolvimento jurisprudencial da regra sobre a responsabilidade do vendedor em face de terceiros por danos causados por produtos defeituosos. Cf. E. Levi, *supra* nota 8, p. 7-19. A descrição feita pelo livro aborda o voto do Juiz Cardoso em *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916). Embora os exemplos incluam eventos familiares, como acidentes automobilísticos e pistolas que disparam defeituosamente, o que Levi enfatiza é a grande dificuldade de encontrar formulações verbais que capturem com precisão o sentido de uma série de litígios concretos. Para o novato que tenta, com dificuldade, acompanhar o complicado histórico das teorias sobre a matéria, essa lição pode não ser inteiramente clara.

A profundidade e a abrangência da obra do professor Llewellyn também requerem o recurso à descrição abstrata. Ele insiste que os estudantes separem rigidamente cinco níveis de discussão (dois dos quais têm duas subpartes), mas não dá nenhum exemplo de como isso poderia ser feito. Cf. K. Llewellyn, *supra* nota 9, p. 76-77. Llewellyn retrata bem as raízes sociais das regras processuais sobre os modos de formular uma ação: “Peter, eu não te escutarei quando você choramingar” John, esse não é o momento e nem o lugar. Procure a mamãe depois do jantar” Id. p. 28. Mas mesmo sua refinadíssima discussão sobre as “faces de Janus” da doutrina dos precedentes se beneficiaria de exemplos concretos, os quais Llewellyn ostensivamente deixar de oferecer. Cf. id. p. 68-69. (Para uma boa ilustração de uma das ideias de Llewellyn, cf. Fischl, *Some Realism About Critical Legal Studies*, 41 *U. Miami L. Rev.* 505, 513-15 (1987)). É claro que a relutância de Llewellyn em dar exemplos pode decorrer de sua forte condenação do ensino e da escrita que deixam pouco trabalho para o estudante. Cf. K. Llewellyn, *supra* nota 9, p. 104 (professores que entretêm podem desestimular que os estudantes tomem a iniciativa); id p. 127-28 (uma leitura só tem valor quando o leitor faz a maior parte do trabalho); id p. 138 (apresentações muito diretas dos professores parecem sopa enlatada, “espessa, com pouco tempero; e desprovida de vitaminas – [sic.]”).

O uso de exemplos pelo professor Burton é excepcional e adequa-se ao objetivo de uma introdução, o que talvez se explique, em parte, por ele ter tido o franco bom senso de pegar emprestados vários exemplos clássicos de trabalhos mais antigos. S. Burton, *supra* nota 10, p. 20 (a ambigüidade da linguagem legal é demonstrada com exemplos de Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, 71 *Harv. L. Rev.* 630, 662-66 (1958)); S. Burton, *supra* nota 10, p. 32-39, 112-16 (desenvolvimentos jurisprudenciais são ilustrados com exemplos de Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 *Harv. L. Rev.* 353-76 (1978)); S. Burton, *supra* nota 10, p. 132-36, (a existência de casos difíceis é descrita com exemplos de R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* 81-131 (1978)). A beleza dos exemplos do próprio Burton, dentre eles o da tentativa de um invasor de ser indenizado pelos danos causados por uma arma instalada pelo proprietário de um imóvel como

não ser que professores específicos se dediquem a ilustrar as conexões entre estes textos introdutórios e o conteúdo das disciplinas do currículo "nuclear". Ainda mais preocupante é o fato de renomados autores, a despeito de tentarem conceber simples obras introdutórias, terem ambições acadêmicas que os conduzem, invariavelmente, a apresentar suas posições sobre os debates jurídico-metodológico e jurídico-filosófico contemporâneos.¹³ Consequentemente, os estudantes podem ser apresentados a visões particulares concernentes a questões altamente controversas antes mesmo de terem uma chance de compreender o sentido ou a importância da controvérsia.¹⁴

uma armadilha contra invasores, S. Burton, *supra* nota 10, p. 145-63 (descrevendo *Katko v. Briney*, 183 N.W.2d 657 (Iowa 1971)), é que eles tanto ilustram técnicas e problemas jurídicos quanto suscitam questionamentos às próprias conclusões do professor Burton. Eu não me convenci, por exemplo, de que "teorias embutidas em um texto legal mediante contextualização" conduzem à conclusão de que o contrato entre um fazendeiro e um produtor que Burton discute era, em conformidade com o Código Comercial Uniforme, um contrato "entre comerciantes". Cf. S. Burton, *supra* nota 10, p. 44-56, 116-22. Porém, cf. *Terminal Grain Corp. v. Freeman*, 270 N.W.2d 806, 812 (S.D. 1978) (decidindo que um fazendeiro, no contexto do Código Comercial Uniforme, não era um "comerciante"). Cf. de um modo geral E.A. Farnsworth, *Contracts* 418 n.31 (1982).

- 13 O Professor Levi, por exemplo, propõe uma visão altamente controversa sobre os precedentes no que se refere aos casos que envolvem interpretação das leis. Ele argumenta que o entendimento dos tribunais sobre o texto de uma lei deve ser seguido estritamente, a menos que se interprete posteriormente que a Constituição impõe uma leitura alternativa do texto legal. Cf. E. Levi, *supra* nota 8, p. 27-58. Ele sugere que essa abordagem forçará o Legislativo a assumir a responsabilidade de modificar as leis quando a interpretação judicial contrariar a vontade do legislador. Cf. *id.*

Entretanto, o exemplo detalhado que ele apresenta serve como respaldo para um ponto de vista contrário. Levi conta a história de *Caminetti v. United States*, 242 U.S. 470 (1917), caso em que a Suprema Corte manteve a condenação de pessoas envolvidas no transporte de mulheres para fins de coabitação paga. A Corte interpretou ampliativamente o texto da Lei Mann, o qual proibia o transporte de "qualquer mulher ou menina para fins de prostituição, libertinagem ou qualquer outro propósito imoral". *White-Slave Traffic (Mann) Act*, ch. 395, 36 Stat. 825 (1910) (codificado conforme as alterações do 18. U.S.C. §§ 2421-2424 (1982)). A despeito das dúvidas sobre a sensatez da decisão proferida no caso *Caminetti*, Levi aparenta concordar com decisões posteriores que seguiram o entendimento flexível consolidado naquele julgado. Cf. E. Levi, *supra* nota 8, p. 36-38 (discutindo *Cleveland v. United States*, 329 U.S. 14 (1946), caso em que a Suprema Corte aplicou a Lei Mann a mórmons polígânicos cujas esposas foram recrutadas de fora do Estado).

A questão da Lei Mann, contudo, parece ilustrar exatamente aquelas situações em que a adesão a uma interpretação equivocadamente ampla pode produzir consequências adversas. O fato de o apoio a iniciativas legislativas de flexibilização de leis moralizantes envolver riscos políticos pode acabar preponderando sobre as propostas de efetivo apoio às restrições legais. De modo semelhante, minorias engajadas no debate político podem continuar conseguindo impor sua vontade muito tempo depois de o sentimento público que inspirou a lei original já ter se esvaído. Nem sempre o direito constitucional irá fornecer uma saída. Uma decisão segundo a qual uma atividade proibida por lei é constitucionalmente protegida pode avançar mais do que o necessário e produzir dificuldades posteriormente. Levi não tem como avaliar esses argumentos com profundidade justamente pelo fato de estar escrevendo um livro introdutório. Não está claro, portanto, por que a própria posição de Levi merece tanta atenção de um estudante de início de curso.

- 14 *The Bramble Bush* pode ser entendido como um resumo tão extenso quanto um livro da ideia de que o direito pode ser descrito como um conjunto de regras e princípios. Cf. e.g., K. Llewellyn, *supra* nota 9, p. 12-14, 20-23, 75-81. O professor Llewellyn talvez irrite os seus críticos que levam muito a sério sua afirmação segundo a qual "o que esses agentes públicos decidem a respeito de conflitos jurídicos é, na minha visão, o próprio direito". *Id.* p. 8-10, 12 (ênfase no original). O estilo de linguagem duro empregado na afirmação de que professores de Direito que discordam dele "não enxergam além de seus narizes nem mesmo o suficiente para que possam avaliar sua própria tarefa na vida" *id.* p. 23, entretanto, revela sua vontade de adentrar o âmbito das controvérsias e fomentá-las. Embora eu partilhe da perspectiva do professor Llewellyn sobre o papel das regras no direito norte-americano, estudantes iniciantes, na minha opinião, tendem a não entender o significado do debate jurídico-teórico até estarem razoavelmente próximos do final do primeiro ano de curso.

Acima de tudo, os estudantes não são ensinados a embasar seu raciocínio jurídico em aspectos da vida com os quais já têm familiaridade. Em vez disso, requer-se que eles raciocinem juridicamente como participantes reflexivos e perspicazes. Desta forma, o que é ganho com o respeito às capacidades intelectuais dos estudantes pode ser perdido ao se ignorar suas experiências. É, obviamente, impossível apresentar uma descrição sobre como raciocinar juridicamente que seja inteiramente independente de uma postura jurídico-filosófica e jurídico-metodológica. Contudo, também não é justo que os autores sejam responsabilizados por defenderem as suas próprias visões. A questão central é, contudo, o desenvolvimento de um método de apresentação que habilite e encoraje o estudante a avaliar criticamente as visões de seus professores, em vez de aceitá-las cegamente.

Eu distribuo para os meus alunos do primeiro ano de curso na disciplina Direitos Reais a história introdutória um tanto divertida da Parte II, que, implicitamente, reverte a estratégia das introduções clássicas. Ela pretende apresentar rapidamente aos estudantes algumas das estratégias retóricas que os juristas empregam. Para tanto, descreve uma situação cotidiana em que uma argumentação similar pode ser facilmente encontrada. Claramente, esta curta história fantasiosa não tem se presta a explicar ou, muito menos, a explorar o sistema jurídico como um todo ou mesmo todo o processo de raciocínio típico do direito. Em vez disso, serve como um glossário ao qual posso me referir ao analisar casos nas minhas aulas da disciplina de Direitos Reais. Ela demanda, portanto, uma terceira estratégia para o ensino do raciocínio tipicamente jurídico durante o primeiro ano de curso: a explícita identificação do que significa “pensar como um jurista” no contexto dos conteúdos normativos tradicionais. Isso requer a identificação explícita dos métodos da argumentação jurídica encontrados em um caso particular, de modo que os estudantes consigam aprendê-los deliberadamente, e não por acaso.

O professor Burton talvez possa ser acusado de embutir em um material introdutório a sua perspectiva jurídico-teórica. Desde o começo, ele considera que a sua tarefa é restaurar as virtudes do raciocínio jurídico que foram perdidas desde o surgimento do ataque realista ao formalismo. Cf. Burton, *supra* nota 10, p. xiv. Ele pinta os realistas e os adeptos dos Critical Legal Studies como críticos injustos que confrontam o direito com um ideal formalista inatingível. *Id.* p. 188-93. (Para um desenvolvimento mais sofisticado dessa mesma tese, cf. Stick, *Can Nihilism Be Pragmatic?*, 100 *Harv. L. Rev.* 332 (1986)). A verdadeira lição resultante do fracasso do formalismo, argumenta Burton, é a de que os juízes podem apelar a teses jurídicas para alcançar decisões legítimas baseadas no compromisso jurídico da comunidade com a busca pela ordem e pela justiça. Cf. S. Burton, *supra* nota 10, p. 204-15. Além de ser óbvio que a ordem e a justiça irão entrar em conflito frequentemente, tornando a explicação de Burton, na melhor das hipóteses, frágil, existe uma boa versão alternativa dessa história. Cf., e.g., Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 *Harv. L. Rev.* 563, 573-76 (1983) (contestando a ideia de que o consenso moral e a fidelidade ao papel institucional são capazes de delinear, de modo satisfatório, fronteiras entre revisões aceitáveis e mudanças perigosas, bem como sugerindo que críticas implacáveis ao formalismo e a objetivismo conduzirão a reformas construtivas). Cf. também Kennedy, *supra* nota 8, p. 546 (argumentando que não há como saber, no momento da decisão, se o fato de um dado caso parecer claramente resolvido pelo contexto se deve à circunstância de que uma decisão diferente produziria consequências inadequadas ou, simplesmente, à limitada capacidade de imaginação do juiz); Peller, *The Metaphysics of American Law*, 73 *Calif. L. Rev.* 1152 (1985) (sugerindo que os contextos que limitam a produção de decisões judiciais nos Estados Unidos decorrem de premissas metafísicas com conteúdos políticos definidos e questionáveis).

Deixe-me dar um exemplo simples. Todo professor de Direitos Reais, ao ensinar o caso *Pierson v. Post*,¹⁵ discute a afirmação da corte de que a regra decisória escolhida – a de que um direito de propriedade sobre um animal selvagem pode ser obtido apenas por meio da posse, do uso de uma armadilha ou de um ferimento mortal seguido de perseguição contínua – foi adotada “pelo bem da segurança, e para preservar a paz e a ordem na sociedade”.¹⁶ Os estudantes normalmente contestam a posição do tribunal mediante a adoção da tese divergente, segundo a qual a perseguição combinada com uma expectativa razoável de captura é suficiente para a obtenção do direito de propriedade sobre um animal. Durante essa discussão, a dificuldade de estabelecer o que seja uma “razoável expectativa de captura” será enfatizada, e a decisão do tribunal será apresentada como mais fácil de administrar do que a posição divergente. A maioria das turmas irá então desafiar a posição majoritária com perguntas socráticas. Suponha que a raposa seja acertada por uma flecha, mas continue a fugir e então seja capturada e morta por um terceiro. Como é possível dizer se a flecha gerou um ferimento mortal? A disposição da maioria da corte de permitir a exceção por ferimento mortal diminuiu a sua própria demanda por segurança jurídica em nome da justiça e do desejo de premiar o primeiro caçador? Por que então não vamos adiante e adotamos a posição divergente? Ninguém, é claro, espera respostas definitivas e rápidas para essas questões. O que importa é começar a encorajar os estudantes a fazer perguntas sobre o raciocínio aplicado a cada caso e refinar sua compreensão da regra efetivamente adotada em cada caso. Nesse sentido, todas as disciplinas do primeiro ano ensinam como se raciocina juridicamente.

A atenção dos estudantes, contudo, pode ser atraída para a habilidade do professor de criar as questões ou situações hipotéticas descritas acima. O tempo de aula pode ser dedicado ao eterno debate entre a maioria e a minoria, com ênfase na estrutura conceitual desse debate. Os estudantes podem ser ensinados a examinar uma fundamentação decisória que tente estabelecer uma regra clara, de modo a descobrir se as exceções a esta regra irão prejudicar o seu propósito de tornar a aplicação do direito mais fácil. Os estudantes, ao captarem essa ideia, desenvolvem sua capacidade de formular questionamentos hipotéticos às fundamentações que lêem. É claro que um caso como *Pierson v. Post* tem muito mais a oferecer; ver o caso apenas como um exemplo de uma disputa teórica entre regras estritas e *standards* flexíveis¹⁷ é perder de vista o singular papel da posse no contexto dos Direitos Reais,¹⁸ o contexto histórico

15 3 Cai. R. 175 (N.Y. Sup. Ct. 1805).

16 Id. p. 179.

17 Para a já clássica descrição do conflito entre regras e standards no Direito privado estadunidense, ver Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89, Harv. L. Rev. 1685 (1976).

18 É claro que alguns juristas veem a facilidade de aplicação como a razão fundamental para o reconhecimento dos primeiros possuidores como titulares do direito de propriedade sobre um bem. Ver Epstein, *Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property*, 64 Wash. U.L.Q. 667, 670-74 (1986) (enfatizando a “natureza relativamente automática” da regra do primeiro possuidor). Para uma defesa da tese de que a determinação

e social do caso, e os demais debates de longa data refletidos na decisão.¹⁹ O que importa, entretanto, é que a identificação das lições que cada caso tem a transmitir a respeito do modo de raciocínio típico do jurista demanda a adoção de algumas técnicas de ensino, de modo que os tipos de argumentação possam ser compreendidos pelos alunos de forma consciente, e não introjetados mediante imitações, tentativa e erro ou uma mítica osmose.

O método de ensino que eu uso é baseado na simples ideia de que o vocabulário das técnicas argumentativas ajuda os estudantes a reconhecerem argumentos específicos contidos em fundamentações decisórias em sede de recurso e a lembrarem-se deles ao longo do semestre.²⁰ Minha experiência anterior, contudo, me convenceu que usar o tempo de aula para desenvolver este vocabulário é uma tarefa difícil demais para os estudantes e que toma muito do tempo disponível para a abordagem do conteúdo da disciplina. Os estudantes clamavam por um dicionário de termos e eu abominava a ideia de fornecê-lo, visto que eu esperava que eles simplesmente memorizassem a lista de vocabulário sem que a entendessem. Em dado momento, tive a ideia de fazer uma apresentação em forma de anedota que incorporasse a terminologia do raciocínio jurídico a um exemplo cotidiano. Agora eu distribuo “Uma história de dormir” para os alunos do primeiro ano no início das aulas da disciplina e refiro-me a este texto durante o ano quando a turma está analisando um caso. O *feedback* favorável que eu recebi de estudantes e colegas serviu como estímulo para que eu apresentasse meu trabalho a um público mais abrangente.

Eu preciso fazer duas ressalvas. Em primeiro lugar, eu ignorei, até então, o acirrado debate intelectual sobre a seguinte questão: faz sentido falarmos em “pensar como

do primeiro possuidor não é desprovida de dificuldades, Cf. Paul, Searching for the Status Quo, 7, Cardozo L. Rev. 743, 757-62 (1986) (resenhando R. Epstein, Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain (1985)).

- 19 *Pierson v. Post* é uma bela ilustração do conflito entre, de um lado, o nosso desejo de recompensar o trabalho e o investimento, e, de outro, a nossa fé no valor do reforço da competitividade. Essa tensão pode ser formulada como uma colisão interior à teoria econômica ou como parte de uma complexa perspectiva sobre os direitos que inclui tanto um direito à segurança jurídica quanto um direito à liberdade de agir. Cf. Singer, The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld, 1982 Wis. L. Rev. 975, 980-84. Além disso, o voto divergente do juiz Livingston evoca a complexa relação entre o direito e o costume, e os estudantes podem perceber como o sistema jurídico tanto precisa obedecer aos costumes quanto deve se manter independente deles. Finalmente, o caso serve para que se apresente aos estudantes a ideia de dano sem reparação jurídica, suscitando, assim, a questão da relação entre o Direito e a moralidade. Não surpreende, portanto, o fato de *Pierson v. Post* aparecer logo no início de muitos casebooks de Direitos Reais! Ver, e.g., J. Duminier & J. Krier, supra nota 3, p. 34-38; C. Haar & L. Liebman, supra nota 3, p. 33-37.
- 20 Nem este método nem o vocabulário são unicamente meus. Para falar a verdade, dar ênfase à sistematização do raciocínio tipicamente jurídico nas tradicionais aulas do primeiro ano do curso de Direito é uma tendência crescente. Eu peguei emprestada a terminologia presente nas minhas maiores influências sobre a matéria: as produções, ainda não publicadas, do professor Duncan Kennedy sobre responsabilidade civil; e as técnicas de raciocínio jurídico desenvolvidas pelo professor Irwin Stotzky e pelo saudoso reitor de Miami Soia Mentschikoff. Ver S. Mentschikoff & I. Stotzky, supra nota 5. Para uma descrição mais detalhada da terminologia do professor Kennedy e uma ótima explicação sobre como um professor a utilizaria ao ensinar os alunos a raciocinar juridicamente em suas aulas de responsabilidade civil, ver Boyle, The Anatomy of a Torts Class, 34 Am. U. L. Rev. 1003, 1051-63 (1985).

um jurista"²¹ e, se a resposta for positiva, o raciocínio jurídico é uma habilidade desejável?²² A professora Abrams, por exemplo, usa sua perspicaz resenha do livro introdutório do professor Burton para desafiar a tese de que os juristas têm um modo ímpar de pensar sobre a resolução de conflitos.²³ A argumentação dela, entendida como uma teoria do direito prescritiva, é bastante persuasiva.²⁴ Enquanto o professor Burton tenta explicitamente defender que raciocinar juridicamente é uma atividade coerente e útil,²⁵ a professora Abrams identifica um difícil dilema. Ela admite que os juízes que se baseiam exclusivamente nas fontes do direito e nos pontos de vista da comunidade jurídica podem postular o reconhecimento de que estão a usar um método singular de resolução de controvérsias, mas defende que se limitar a buscar respaldo no conhecimento prévio é correr o risco de perpetuar um *status quo* injusto.²⁶ Como alternativa, os juízes podem ir além das fontes do direito convencionais em busca de outras metas que não a consistência. Mas assim, como a professora Abrams

21 Para uma defesa da sólida tese de que julgar e advogar são atividades mais baseadas em capacidades intuitivas do que em capacidades racionais, cf. Hutcheson, *The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision*, 14 *Cornell L. Q.* 274 (1929).

22 Questionamentos ao modelo convencional de raciocínio jurídico devem ser separados em duas diferentes teses. Meu texto aborda o argumento de que não é possível estabelecer uma distinção entre o pensamento jurídico e outras formas de raciocínio de uma maneira que seja produtiva ou mesmo de um modo que faça sentido. O professor Burton, especificamente, critica essa visão (Cf. S. Burton, *supra* nota 10, p. xiii.-xvi), que a professora Abrams aparentemente subscreve (Cf. Abrams., *supra* nota 10, p. 686-7). Um questionamento alternativo considera que o raciocínio jurídico é bastante real, mas o rotula como o inimigo. Johnson and Scales, *An Absolutely, Positively True Story: Seven Reasons Why We Sing*, 16 *N. M. L. Rev.* 433 (1986). De acordo com esta perspectiva, o raciocínio jurídico celebra uma falsa superioridade do racional sobre o irracional, da ordem sobre o caos, etc., id. p. 446-8, e requer aos estudantes que tragam seus corpos (e suas mentes?) para as faculdades de Direito, mas "deixem suas almas do lado de fora", id. p. 439. Eu não tenho objeções à ideia de que a vida e o Direito não se esgotam em um pensamento linear. Eu ainda não fui convencido de que é vantajoso enxergar a mente como dotada de uma quantidade de espaço limitada a ponto de poder ser completamente preenchida pela racionalidade e pela lógica, sem que sobre nada para a poesia e para a música. De fato, a história aqui apresentada é uma tentativa de facilitar o aprendizado das técnicas racionalistas do curso de Direito, de modo que sobre mais energia para um estudo mais profundo e para a abordagem de perspectivas alternativas. Estudantes que não conseguem formular rationes decidendi amplas e restritas tendem a não ser simpáticos a críticas verdadeiramente profundas que sejam mais bem-sucedidas no questionamento à pretensa racionalidade do pensamento jurídico. Cf, e.g., Peller, *supra* nota 14 (tentando mostrar que a ideologia ensinada durante o treinamento profissional, ao distinguir o raciocínio jurídico de outras formas de pensamento, produz uma racionalidade que é epistemológica e politicamente enviesada); Winter, *The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance*, 40 *Stan. L. Rev.* ___ (a ser publicado em julho de 1988) (explicando como a estratégia cognitiva de reduzir um conceito jurídico a uma metáfora simplista distorceu nossa capacidade de compreender o problema em função do qual o conceito foi formulado); Cf. também F. Olsen, *The Sex of Law* (manuscrito não publicado) (subscrevendo as teses feministas de que o Direito não é racional e de que as coisas não estariam necessariamente melhores se ele fosse).

23 Cf. Abrams, *supra* nota 10, p. 667.

24 A resenha da professora Abrams direciona a discussão para o nível prescritivo mediante um enquadramento do tema nos moldes da seguinte pergunta: os juristas teriam algo único a adicionar a uma nova sociedade que estivesse sendo construída após um imaginário novo Dilúvio? Abrams, *supra* nota 10, *passim*.

25 Cf. S. Burton, *supra* nota 10, p. 204-35.

26 Cf. Abrams, *supra* nota 10, p. 680-84.

destaca, torna-se extraordinariamente difícil distinguir o raciocínio *jurídico* de outras formas complexas de tomada de decisão.²⁷

Os professores de Direito, contudo, devem lembrar que livros como o do professor Burton cumprem tanto uma função descritiva quanto uma prescritiva.²⁸ Os tipos de raciocínio que ele descreve são efetivamente utilizados pelos juristas no mundo atual, e os estudantes devem aprender como praticar o “modo de pensar juridicamente” mesmo enquanto aprendem a criticá-lo. Consequentemente, todos nós devemos procurar mecanismos, como a história da Parte II, que nos auxiliem na tentativa de aperfeiçoamento da habilidade dos estudantes de raciocinar em contextos que esperamos que eles encontrem durante e, o mais importante, após o curso de direito. Além disso, não precisamos reagir exageradamente à tese de que os juristas não têm um modo de resolver conflitos superior ao dos profissionais intelectuais de outras áreas. Muitos estudantes começam o curso de direito com praticamente nenhuma experiência na resolução de problemas complexos de qualquer tipo e tendo escolhido estudar direito como um meio de desenvolvimento de habilidades analíticas avançadas. Se nossos alunos não pensam de um modo ao menos um pouco diferente e em um nível ao menos um pouco mais alto após concluírem sua formação jurídica, nós somos os culpados por esse grande fracasso.

Uma segunda e mais séria ressalva: eu tangenciei de modo excessivamente rápido a relação dolorosamente complexa entre o ensino de como raciocinar juridicamente e o ensino de valores morais. Consequentemente, minhas críticas às introduções clássicas podem transmitir a impressão equivocada de que a história da Parte II é uma tentativa de subscrever uma neutralidade moral provisória. Além disso, dois aspectos da própria história podem sugerir que um foco nítido nas técnicas de raciocínio jurídico retira a ênfase das controversas questões morais essenciais para um estudo sério dos temas do primeiro ano do curso de Direito. Em primeiro lugar, ao escolher um conflito cotidiano, em que há relativamente pouco em jogo, eu corro o risco de construir uma falsa imagem do direito em que este parece mais ser um jogo do que uma atividade humana com consequências sérias, até mesmo de vida ou morte.²⁹ Em segundo lugar,

27 Cf. id. p. 684-87

28 A comparação pouco convincente do professor Burton entre *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954), que ele vê como um bom exemplo de mudança do Direito, e *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973), que ele apresenta como uma decisão que, adequadamente, presta deferência à supremacia legislativa, dá uma boa razão para que a professora Abrams questione se o professor Burton acredita que tudo que é deve ser. Ver Abrams, *supra* nota 10, p. 678-86; S. Burton, *supra* nota 10, p. 222-229. O suposto fracasso das teses normativas do professor Burton, contudo, não deve tirar completamente o valor de sua caracterização bastante precisa da consciência jurídica coletiva (ainda que talvez um pouco confusa) contemporânea.

29 O professor Winter relembra aos seus alunos a natureza séria do Direito com esta assustadora citação do saudoso Robert Cover:

“A interpretação jurídica desenvolve-se em um campo de dor e morte... Um juiz articula seu entendimento de um texto e, como resultado, alguém perde sua liberdade, sua propriedade, seus filhos, até mesmo sua vida. As interpretações do Direito também são justificações para a violência que já ocorreu ou que está para ocorrer. Os intérpretes, ao concluírem o seu trabalho, frequentemente deixam vítimas para trás, com as vidas destruídas

eu construí uma história que contém um glossário de argumentos retoricamente contrapostos sem comentar sobre a força moral ou plausibilidade das perspectivas em conflito. Professores de Direito reflexivos, os quais se perguntam, com aflição, se enfatizar os dois lados de cada argumento estimula o cinismo dos estudantes, podem questionar, conseqüentemente, se um foco explícito nas técnicas de raciocínio jurídico fortalece a mensagem de que o cliente sempre está certo.³⁰ Enfrentar completamente estas inquietações inter-relacionadas requereria um espaço maior do que o que esta breve introdução admite; ignorá-las completamente, contudo, seria negligenciar o óbvio dever de considerar tanto as conseqüências morais quanto as intelectuais da minha iniciativa.

Alguns aspectos, mesmo que não esgotem a questão, são cruciais. Em primeiro lugar, os estudantes chegam à faculdade de Direito para aprender o ofício de um jurista, e o nosso receio de que as ferramentas da profissão sejam eticamente questionáveis não é uma desculpa para um ensino pobre. Os estudantes, para terem sucesso como juristas, precisarão descobrir, mais cedo ou mais tarde, que a argumentação jurídica é relativamente indeterminada. Quanto mais cedo eles dominarem os intrincados padrões argumentativos, mais tempo eles terão para dedicar à observação do Direito de um ponto de vista moral abrangente.³¹ Conseqüentemente, a história introdutória a seguir foi concebida primordialmente para acelerar o processo de aprendizado dos estudantes. Em segundo lugar, uma introdução ao raciocínio jurídico não precisa destacar cada aspecto dos procedimentos típicos do Direito. A beleza de ensinar a raciocinar juridicamente nas disciplinas do primeiro ano está em ter a oportunidade de explorar o uso dos argumentos jurídicos em um rol abrangente de controvérsias morais importantes. Por exemplo, estudantes, ao enfrentarem a questão sobre um locador poder ou não despejar um inquilino, não tendem a negligenciar a seriedade do que está em jogo, mesmo se um inquilino que enfatize sua necessidade de ter um lar para manter um emprego estável for comparado com uma criança que enfatize as vantagens sociais de assistir a um programa de TV tarde da noite e ambas as situações forem descritas no jargão jurídico como um envolvimento em uma análise de custo-

por estas práticas sociais organizadas de violência. A interpretação jurídica e a violência que ela ocasiona não podem ser propriamente compreendidas se uma for dissociada da outra." S. Winter, *It's All in the Telling: Law as a Language for Social Thought* 10 (January 1988) (manuscrito não publicado) (citando Cover, *Violence and the Word*, 95, Yale L. J. 1601 (1986)).

30 Ver, e.g., K. Llewellyn, *supra* nota 9, p. 148-50; S. Winter, *supra* nota 29, p. 2-3

31 Eu não sustento aqui nenhuma tese sobre o acirrado debate jurídico-teórico a respeito do significado ou da extensão da indeterminação do Direito. Eu defendo apenas que é incontestável o fato de, em muitos conflitos jurídicos, ser viável a formulação de argumentos jurídicos plausíveis por ambos os lados. Para uma discussão mais completa, compare Fischl, *supra* nota 12, p. 513-21, e Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*, 94 Yale L. J. 1 (1984) (analisando e defendendo teses sobre a indeterminação do Direito). Com Solum, *On the Indeterminacy Crisis*, 54 I. Chi. L. Rev. 462 (1987) e Stick, *supra* nota 14 (analisando e criticando as tentativas de demonstrar a indeterminação do Direito). Cf. Yablon, *The Indeterminacy of the Law: Critical Legal Studies and the Problem of Legal Explanation*, 6 Cardozo L. Rev. 917 (1985) (tentando ligar o uso da indeterminação pela teoria crítica a questões mais amplas de explicação histórica e filosófica).

benefício de longo prazo. Finalmente, a natureza de duas faces da argumentação jurídica conduzirá os estudantes ao cinismo apenas na medida em que as exposições em sala de aula alterarem suas posições morais preexistentes. Muitos estudantes podem optar por colocar suas novas habilidades analíticas e retóricas a serviço de compromissos morais passionais que eles trazem para a faculdade, em vez de usar seu senso de ambiguidade moral, incrementado após a entrada no curso de Direito, como uma desculpa para agradar aos poderosos.³²

Em essência, contudo, colocar o foco das aulas nos padrões da argumentação jurídica é um modo de ensinar que se baseia mais em uma fé no potencial moral dos alunos do que em uma confiança em suas posições morais preexistentes.³³ Até mesmo um expediente introdutório inofensivo deve assumir a indiscutível premissa de que nenhum método de ensino do Direito (ou qualquer outra coisa) é neutro no sentido de ser desprovido de mensagens morais. A despeito de nenhum professor de Direito responsável querer impor seus pontos de vista sobre seus alunos, nenhum deles pode evitar apresentar a sua própria perspectiva. Consequentemente, os professores devem, ao mesmo tempo, aceitar uma responsabilidade moral e tomar cuidado para evitar um proselitismo indevido.

Para ajudar a estabelecer a linha divisória entre um autoenaltecimento e uma autoanulação, a história da Parte II foi concebida de modo a facilitar a estratégia de abordar com imparcialidade princípios gerais concorrentes que sustentem posições morais concernentes a litígios concretos. Tentar convencer os alunos de uma turma do primeiro ano do curso de Direito de que a igualdade é mais importante do que a liberdade

32 As faculdades de Direito são parcialmente responsáveis pelo fato de os seus egressos, ao começarem a trabalhar na área, relatarem em influenciar os comportamentos dos seus clientes ou ficarem felizes por empregarem suas habilidades a serviço de quem lhes pagar mais, independentemente das consequências. Compare com Kennedy, *How the Law School Fails: A Polemic*, 1 *Yale Rev. L. & Soc. Action* 71, 77-78 (1970) (algumas das reações típicas dos estudantes de Direito são a passividade, o cinismo e a distorção de compartimentalização psicológica) com Stone, *Legal Education on the Couch*, 85 *Harv. L. Rev.* 392, 398-401 (1971) (atribuindo as reações negativas dos estudantes de Direito, em parte, aos conflitos geracionais e à necessidade dos estudantes de construir uma identidade profissional). Ver K. Llewellyn, *supra* nota 9, p. 146-47 (preocupação com a tendência dos estudantes de se tornarem amorais, especialmente devido ao contexto histórico, no qual o desalento estudantil surgiu parcialmente por conta do fracasso da Primeira Guerra Mundial em assegurar a paz e a democracia). Como instituições de ensino superior, contudo, as faculdades de Direito não podem retroceder à perspectiva de que os dilemas morais devem ser simplificados para prevenir que os alunos escolham o lado errado.

33 Confiar unicamente na pureza moral dos calouros seria uma conduta ingênua e indefensável. É teoricamente possível imaginar sucessivas gerações de estudantes de Direito que tenham uma paixão moral alimentada por fontes religiosas ou de outros tipos não relacionadas à estrutura jurídica da sociedade. É mais realista, contudo, a expectativa de que as posturas morais dos profissionais do Direito – que, em alguma medida, são cunhadas pelos professores de Direito – tenham um impacto nas posturas morais da sociedade como um todo. Consequentemente, os professores de Direito que, conscientemente, não se esforçam por um ensino moralmente responsável arriscam o futuro a longo prazo de estudantes que sejam igualmente desinteressados na concretização de objetivos morais. Cf. J. Habermas, *Legitimation Crisis* 20-24, 36-37 (1975) (As tradições familiares e religiosas têm servido como a fonte fundamental de atribuição de sentido à vida cotidiana nas sociedades capitalistas liberais, a despeito das constantes ofensivas típicas do progresso capitalista a essas próprias tradições; as sociedades capitalistas avançadas, conseqüentemente, enfrentam crises de legitimação geradas pelo enfraquecimento da vida familiar e religiosa).

ou de que os direitos à segurança devem prevalecer sobre os direitos à liberdade de agir seria algo insensato e arrogante. Por outro lado, ocultar deliberadamente dos estudantes que você se importa profundamente com o resultado de um caso específico que está sendo estudado significaria negar a seriedade dos litígios. Seus alunos ganharão confiança intelectual e aumentarão seu apreço pela avaliação de dilemas morais à medida que eles reconhecerem que você apresentou argumentos opostos à conclusão que você defende. Neste sentido, um método de ensino que introduz rapidamente uma série de argumentos opostos aumenta a habilidade do instrutor para assumir uma responsabilidade moral sem tentar equivocadamente converter os alunos a um ponto de vista específico.

Acima de tudo, a história a seguir começa com uma avaliação do contexto em que muitos estudantes de Direito são expostos pela primeira vez ao raciocínio típico do Direito. Para a maioria dos estudantes, o esforço para dominar as habilidades jurídicas e, assim, assegurar o caminho para um sustento satisfatório está relacionado a questões pessoais relevantes. Muitos estudantes recebem os questionamentos perspicazes de seus professores como um ataque a sua capacidade de defender qualquer posição moral.³⁴ Além disso, como as provas exigem um rigor intelectual, o escrutínio moral tende a se tornar uma preocupação secundária. Nós, como professores, devemos esperar que os estudantes descubram em que medida a natureza de duas faces da argumentação envolve tanto controvérsias morais quanto jurídicas, bem como que eles achem esta descoberta emocionalmente desafiadora. Conseqüentemente, a história introdutória ora apresentada presta-se a transmitir confiança aos estudantes no que concerne à capacidade para dominar a estrutura da argumentação jurídica, bem como serve de convite para que eles continuem a desenvolver suas faculdades morais. Estimular a confiança intelectual não é a única tarefa que eu tento cumprir em minhas turmas de primeiro ano do curso de Direito, mas talvez já seja o suficiente.

II. UMA HISTÓRIA DE DORMIR.

Imagine que você tem doze anos de idade e seus pais te deixaram com um babá^y. Sua principal preocupação é obter permissão para ficar acordado até as 11 da noite, de modo a poder assistir a um episódio especial de duas horas de duração de *Miami Vice* na televisão (perceba que como este exemplo foca no alcance de seus próprios

34 Para o ponto de vista privilegiado de um psiquiatra sobre os perigos do método socrático, Cf. Stone, supra nota 32, p. 414-16. Para uma descrição mais extensa das experiências desanimadoras dos alunos com o modo de ensinar de boa parte dos professores do primeiro ano do curso de Direito, cf. Kennedy, *Legal Education as Training for Hierarchy in The Politics of Law: A Progressive Critique* 41-44 (D. Kairys 1982).

y No texto original, Jeremy Paul utiliza os pronomes "he" e "him" para se referir à personagem "the babysitter", de modo a explicitar que se trata de um homem. Em português, a palavra "babysitter" seria traduzida como "babá". A despeito de ser mais familiar o acompanhamento da palavra "babá" pelo artigo definido "a", esta tradução, com o propósito de respeitar a opção original do autor, adotou a forma "o babá", a qual vem recebendo uma crescente aceitação como modo de designação dos cuidadores do gênero masculino em português.

objetivos, ele já está desvinculado do mundo real, em que um advogado que representa a si mesmo tem um tolo como cliente. As disciplinas do segundo e do terceiro anos do curso de Direito destacarão os métodos para identificar o que o seu cliente deseja, tarefa que você deve cumprir meticulosamente antes de fazer qualquer coisa).

Ao aproximar-se do babá para discutir a situação, você pode fazer algumas perguntas a si mesmo. Talvez a mais importante delas seja a respeito do que seus pais disseram ao babá sobre a sua hora de dormir. (VERIFICAR AS REGRAS). Suponha que você encontre um bilhete em cima da mesa com instruções detalhadas para o babá, segundo as quais ele deve te colocar para dormir às 11 horas da noite. (LEI). Você parece estar com sorte e suas chances de conseguir o que você quer aumentaram. Suponha, ao contrário, que não há nenhum bilhete, mas que o babá ficou com você algumas vezes antes e sempre te colocou para dormir às 11 da noite. (PRECEDENTE). Você continua parecendo estar em uma boa situação.

A vida, contudo, raramente é tão simples. Suponha que a maioria das outras vezes em que o babá ficou com você foi em noites de sábado. Apenas uma vez ele ficou com você em uma noite de um dia de semana. Naquela noite específica, ele deixou você e seu amigo, que foi dormir em sua casa, ficarem acordados um pouco além das 11 para que pudessem assistir a um jogo da World Series do time para o qual seu amigo torce. Você argumenta com o babá que, a despeito de ser uma noite de terça, você deveria poder ficar acordado até tarde para ver *Miami Vice*, assim como você e seu amigo foram permitidos na noite do jogo da World Series. Você pode começar destacando ser justo você poder ficar acordado até tarde para ver algo muito especial para você, assim como o babá deixou seu amigo ficar acordado até tarde para ver algo muito especial para ele (CASOS SEMELHANTES DEVEM SER TRATADOS DE MODO SEMELHANTE).

O babá, obviamente, então tenta explicar a você que aquela ocasião em que você ficou acordado até tarde é muito diferente da desta noite. Ele pode dizer que permitiu que você e seu amigo ficassem acordados até tarde para assistir à World Series porque havia, naquela oportunidade, muitas circunstâncias incomuns, as quais o fizeram se afastar de seu sentimento geral de que 10 da noite é um bom horário de dormir para crianças de sua idade durante os dias de semana. Ele alega que deixou você ficar acordado até tarde para assistir à World Series, que ocorre apenas uma vez por ano, em uma noite em que um amigo foi dormir em sua casa, o que também não é uma situação cotidiana. O babá pode, ainda, argumentar que seria errado concluir disso algo a mais do que o seguinte: da próxima vez que um amigo for dormir em sua casa em uma noite de World Series, você poderá ficar acordado até o final do evento televisivo novamente. (RESTRINGINDO A RATIO DECIDENDI DE UM PRECEDENTE). A posição do babá não te agrada e você explica os motivos para tanto. Do seu ponto de vista, o babá está sendo arbitrário. Afinal de contas, na situação anterior, você e seu amigo obtiveram permissão para ficar acordados até tarde por conta de um evento televisivo especial. Você afirma que a regra deveria ser a de que toda vez que houver um evento televisivo especial você poderá ficar acordado até o seu encerramento

(AMPLIANDO A RATIO DECIDENDI DO PRECEDENTE). Mesmo que o babá concordasse que você poderia ficar acordado até tarde para assistir a eventos especiais, você ainda precisaria, obviamente, convencê-lo de que *Miami Vice* se enquadra nesta categoria. O babá poderia perguntar o que há de tão especial em *Miami Vice*. Como se trata de um programa semanal, qualificá-lo como especial não te habilitaria a ficar acordado até tarde toda vez que você encontrasse algo na televisão a que você quisesse assistir? (ENQUADRAMENTO DO FATO EM UMA CATEGORIA NORMATIVA). Você responde que, ao contrário, este episódio de *Miami Vice* é extremamente incomum. Em primeiro lugar, *Miami Vice* normalmente tem uma hora de duração, e este é um episódio especial de duas horas de duração, tempo que permite que os roteiristas desenvolvam um enredo melhor. Em segundo lugar, *Miami Vice* normalmente é exibido em noites de sexta-feira, de modo que *não é provável* que o programa seja exibido em uma noite de terça-feira em outra ocasião. Além disso, como as personagens de um episódio frequentemente aparecem mais à frente na mesma temporada, se você perdesse este episódio especial de estreia, você teria uma dificuldade maior para entender os episódios posteriores. (ENQUADRAMENTO DO FATO EM UMA CATEGORIA NORMATIVA).

E isto é apenas o começo. Até então nós assumimos, na maior parte do tempo, o pressuposto de que o babá tem liberdade para estabelecer a hora de você dormir, sem quaisquer instruções de seus pais. Suponha agora que seus pais deixam o mesmo modelo de bilhete para todos os babás, o qual diz que você deve dormir às 10 da noite nos dias de semana e às 11 da noite nos fins de semana. Hoje é terça-feira, então você está em apuros. Se você não fosse um embrião de jurista, você poderia simplesmente se conformar com uma reprise de *A Team*. Você lembra-se, contudo, que sua aula do dia seguinte começará duas horas mais tarde por conta do encontro anual dos professores. Você alerta o babá sobre sua oportunidade de dormir tarde e espera a reação dele.

O babá, obviamente, pode checar sua programação escolar e demonstrar que você errou a data do encontro, o qual não será realizado até a semana seguinte. (ERRO EM RELAÇÃO AOS FATOS). É mais provável, contudo, que o babá não saiba nada sobre a sua programação e tenha que enfrentar o difícil problema de decidir se você está falando a verdade sobre o encontro ou até mesmo sobre a razão pela qual você deseja ficar acordado até tarde. (PROBLEMA DE APRECIÇÃO DAS PROVAS). Ainda assim, você persiste, sabendo que o babá considera que você, de modo geral, é confiável. Você explica a ele que a regra geral da hora de dormir não deve ser aplicada naquela noite porque a razão pela qual você precisa ir dormir cedo em dias de semana é o fato de que você precisa acordar cedo para ir para a escola. (IDENTIFICANDO UMA LACUNA NA REGRA). O babá pode tentar argumentar que o bilhete fala em dias de semana e, portanto, quer dizer dias de semana. (INTERPRETAÇÃO LITERAL). Você insiste, contudo, que o babá, ao tomar uma decisão, deve procurar as razões por trás da regra (INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA).

Se o babá for particularmente perspicaz, ele tentará estabelecer com você uma discussão geral sobre o papel dele. (COMPETÊNCIA). Ele pode dizer: “escute aqui:

you can be sure about the purpose of this rule, but the role of making the rules is of your parents, while my role is to apply them. (DEFERÊNCIA JUDICIAL À DECISÃO LEGISLATIVA). How can I be sure about what is the purpose of the rule? The only thing that I know is the word 'day of the week' (AMBIGUIDADE DA INTENÇÃO LEGISLATIVA). Without doubt, just that you forced me to conjecture about the purpose of the rule, it is reasonable to conclude that the use of the word 'day of the week' by your parents sought to exclude all other possibilities. (ARGUMENTO A CONTRARIO). Besides that, if I assume my point of view, a bad nanny who wants to get rid of you will, next week, put you to bed at 10 at night because you need to give up playing football (PROBLEMA DA PARCIALIDADE JUDICIAL). Besides, if your parents are dissatisfied, they can rewrite the rules (ESTÍMULO À CLAREZA LEGISLATIVA) or buy a videocassette for you (RECURSO À TECNOLOGIA)".

However, you want to see *Crockett e Tubbs*, then you claim that the nanny does not understand the importance of her own work (COMPETÊNCIA). You insist that the application of the rules by the nanny makes sense only if she is complying with what your parents want. (VONTADE DO LEGISLADOR). Second, you, the nanny, do not have certainty about what your parents wanted, but, if you do not try to discover, you are disrespecting the authority of them and avoiding a topic about which you need to decide. (AMBIGUIDADE DA LINGUAGEM LEGISLATIVA). Besides that, you emphasize that your parents will reformulate the rules if a bad nanny tries to satisfy personal interests using a reasoning based on a supposed purpose of the instructions given by them. (ESTÍMULO À CLAREZA LEGISLATIVA). While this does not happen, you ask how you can be sure that the refusal of the nanny to let you watch *Miami Vice* does not stem from a negative preconception in relation to television programs at that time? (PERIGOS DO ENVIESAMENTO JUDICIAL).

Notice how the debate became incredibly heated when you identified what you can call gaps in the rules about the time to go to bed. Or these gaps result from a uncertainty in the meaning of a previous decision, or are a product of an ambiguity of the instructions about the time to go to bed. If this were happening one Sunday night, for example, you could claim that you were talking about a Sunday night as much as you were talking about a Friday night. In this scenario, arguments similar to those discussed above would be used. Identifying gaps is, therefore, an essential skill to which we devote ourselves continuously. At times, however, there is no rule on a specific issue, one that requires you to pay attention to the judge responsible for the first decision on the matter, the members of the Legislature or a court of appeals.

Suppose that you had reached your parents leaving home and were trying to make them redo instructions in a way that you could watch *Miami Vice*. You start by affirming your independence, claiming that you were already old enough to make your own decisions about the time to go to bed. Letting your nanny decide would stimulate that you become dependent, inhibit your exercise

de suas habilidades decisórias e constituiria uma intervenção em seu direito de autodeterminação. (CONCILIAÇÃO). Seus pais, ao retrucarem, destacam sua falta de informação sobre sua saúde, sua tendência a desconsiderar riscos de longo prazo e os danos que você poderia causar a si mesmo e aos outros (seus pais, que teriam que ficar em casa com você e gastar dinheiro com um médico) se dormisse tarde e ficasse doente (PATERNALISMO). Seus pais também podem destacar os direitos do babá de fazer suas tarefas de casa enquanto você dorme pacificamente (DIREITOS COMO GARANTIAS), o fato de que o babá cobraria mais barato se você ficasse acordado durante menos tempo, e o bem que uma boa noite de sono poderia fazer. (ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO DE LONGO PRAZO). Você poderia replicar com base no seu direito de se mover livremente pela sua própria casa. (DIREITOS COMO LIBERDADE DE AGIR). Você também pode alegar que é mais fácil fazer amigos se você assistir a *Miami Vice*, visto que todas as crianças estarão falando sobre isso. Você também pode dizer que o babá provavelmente cobrará o mesmo valor pelo seu serviço independentemente de você ter um horário fixo para dormir ou não, já que ele provavelmente precisa do trabalho (ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO DE LONGO PRAZO). Finalmente, você pode alegar que seus pais não deixaram instruções para o babá em nenhuma das outras situações em que eles saíram de casa. Na falta de instruções, você sempre conseguiu convencer o babá a te deixar ficar acordado até as 11 da noite e você estava esperando fazer o mesmo (EXPECTATIVA DE DIREITO). De fato, você estava tão confiante que concordou em falar para todos os seus colegas de inglês sobre o programa de televisão no dia seguinte (TEORIA DA CONFIANÇA). Seus pais, contudo, poderiam não ser convencidos por esta linha de raciocínio, o que os faria dizer que, se você quisesse ter certeza de que poderia ficar acordado até tarde, deveria ter perguntado a eles antecipadamente. (FONTE E LEGITIMIDADE DAS EXPECTATIVAS DE DIREITO).

Se você fosse forçado a concordar com alguma limitação sobre a hora de dormir, você poderia sugerir uma postura mais flexível. Por exemplo, o babá poderia receber a instrução de te colocar para dormir quando você parecesse cansado. (STANDARD). Esta opção teria a vantagem de que você poderia alegar não estar efetivamente parecendo cansado. (MANIPULAÇÃO DOS FATOS POR PARTE DO LITIGANTE). Além disso, você poderia considerar tal opção mais compatível com a ideia de ser submetido a um horário de dormir. (JUSTIÇA). Por outro lado, você ficaria receoso com o fato de o babá poder dizer a qualquer hora que você parecia cansado (MANIPULAÇÃO DOS FATOS POR PARTE DO JUIZ). Ademais, você teria dificuldades para planejar assistir a programas de televisão, visto que você não teria como saber antecipadamente até que horas poderia ficar acordado. (IMPREVISIBILIDADE).

Você poderia querer entrar em um acordo para estabelecer 10 da noite como a hora de dormir em vésperas de aula e 11 da noite nas demais noites, (REGRA), com uma previsão especial de que a regra das 11 da noite se aplicaria nas situações em que houvesse uma reunião de professores na manhã seguinte. (EXCEÇÃO). Esta opção tem a vantagem de ser mais fácil para o babá do que avaliar se você "parece cansado". (FACILIDADE DE APLICAÇÃO). Tal opção também facilita que você planeje o seu próprio

comportamento. (PREVISIBILIDADE). (FACILIDADE DE APLICAÇÃO + PREVISIBILIDADE = REALIZABILIDADE FORMAL). Contudo, da sua perspectiva, ela gera o risco de que você seja forçado a ir dormir sem estar cansado (SOBREINCLUSÃO) e, da perspectiva de seus pais, ela gera o risco de resultar em uma permissão para que você fique acordado mesmo quando estiver cansado. (SUBINCLUSÃO). Além disso, ela desconsidera o fato de que sua programação na escola é diferente a cada dia e, conseqüentemente, de que você não tem uma hora de dormir padronizada (RIGIDEZ DAS REGRAS).

Você poderia pedir a seus pais para criar, por escrito, outras exceções, de modo que você pudesse ficar acordado até mais tarde quando não precisasse acordar cedo. Contudo, quanto mais a sua programação variasse, mais categorias a regra precisaria ter e mais difícil as coisas se tornariam para o babá. (EXCEÇÕES CORROEM A REGRA). Se, por exemplo, você tivesse aulas de manhã cedo no terceiro, no sétimo e no décimo-segundo dias de um mês de trinta dias, o babá poderia preferir um modelo de rigidez à criação de exceções. Por sua vez, seus pais poderiam preferir retomar o standard de “parecer cansado” a explicar para o babá os detalhes da sua atribulada programação. Você poderia sugerir uma regra excepcional que permitisse ao babá te deixar ficar acordado após o horário normal na hipótese de haver uma boa razão para tanto. Contudo, regras facilitam a aplicação, vantagem que se perderia com uma exceção desse tipo (EXCEÇÕES ENGOLEM A REGRA). Conseqüentemente, optar por um horário de dormir fixo implicaria lidar com alguma imprecisão.

Você nunca teria cogitado que tantos fatores diferentes pudessem estar em jogo no estabelecimento de um horário de dormir. A capacidade de considerar todos esses fatores e, o que é ainda mais importante, de formular argumentos para solucionar problemas específicos com base nos tipos de consideração descritos nesta história é bastante semelhante a habilidades jurídicas fundamentais. Quanto mais regular for a sua capacidade de gerar esse tipo de argumento, melhor você será como jurista.

Este pequeno exemplo é intercalado com palavras típicas do vocabulário jurídico em letras maiúsculas e entre parênteses. Estas palavras serão integradas à terminologia utilizada nesta disciplina. Contudo, eu imagino que você não considerará adequado o uso de tal vocabulário palavras no contexto dessa “história de dormir” e deve ser assim mesmo. Você poderia contar esta história para a maioria das pessoas e elas conseguiriam entendê-la muito bem sem que você precisasse recorrer ao jargão jurídico. Este curso dedica uma grande quantidade de tempo a fazer você se familiarizar com o jargão jurídico, visto oferecer uma síntese de quase todas as formas fundamentais de argumentação e análise jurídica, mas esse jargão é um mero auxílio para que você domine o modo de raciocinar juridicamente. Alcançar esse domínio é o objetivo primordial de todas as disciplinas do primeiro ano do seu curso de direito. Nesta disciplina, nós buscaremos concretizar esse objetivo mediante a aplicação de raciocínios muito similares aos utilizados na história de dormir a difíceis questões de Direitos Reais.

* * *